Die Provisionsabrede des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen.

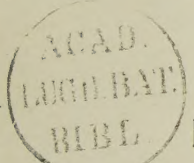
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau



vorgelegt von

Friedrich Mehrens,

Referendar.

Breslau 1910.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Prof. Dr. Schott.
Korreferent: Prof. Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern

in dankbarer Verehrung

der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0148

Inhalt.

Seite

Literaturverzeichnis VI

§ 1. Einleitung: Allgemeines 1

§ 2. Die ratio legis des § 652 B.G.B. 3

§ 3. Die rechtliche Natur des Mäklervertrages 5

§ 4. Das Zustandekommen des Vertrages im Sinne des § 652 10

§ 5. Die Provision des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen 14

Literaturverzeichnis.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, 7. Bd. 1889.

Burchard: „Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Gewerbes der Grund- und Hypothekenmakler?“ in „Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages“, 2. Bd., 1897, S. 235 ff.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Bd., 2. Abt., 3. neubearbeitete Aufl., 1906.

Dörr: „Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche“ in „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung“, 70. Jahrg., 1905, S. 620 ff.

Donig: „Der Grundstücksmäkler“ in „Gesetz und Recht“, 7. Jahrg., S. 85 ff.

Düringer und Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert, 1. Bd., 1899.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Aufl., 1903.

Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von den Ober-Tribunalsmitgliedern, Bd. 12, 30, 69.

Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. April 1884 in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 28. Jahrgang, 1884, S. 835 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 25, 29.

Gaupp und Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. und 9. Aufl., 1906, 1. Bd.

Jacusiel: Das Recht der Agenten und Mäkler, Heft 2.

Juristische Wochenschrift, 1902, 1907.

Koch: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 8. Aufl., 1884, 1. Bd.

Kuhlenbeck: „Die Rechtsprechuug des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts 63: Der Mäklervertrag“, in „Juristische Wochenschrift“, 1907, S. 34 ff.

Kuhn: „Zur Lehre vom Mäklergeschäft“ im „Archiv für praktische Rechtswissenschaft“. Neue Folge, 6. Bd., 1869, S. 221 ff.

Laband: „Die Lehre von den Mäklern mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zum Deutschen Handelsgesetzbuche“ in „Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft“, 20. Bd., 1861, S. 1 ff.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag, 1. Bd., 1902.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1910.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 1888, Bd. 2.

Mugdan und Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 1, 4, 12, 18.

Neubauer: „Der nichtkaufmännische Maklervertrag in der Praxis, insbesondere nach Preuß. Allgemeinen Landrechte“ im „Archiv für Bürgerliches Recht“, 6. Bd., 1892, S. 1 ff.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl., Bd. 1.

— Jahrbuch des Deutschen Rechts, Jahrgang 1—8.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Aufl., 1910.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1907, 1. und 2. Bd.

Radlkofer: „Über die rechtlichen Beziehungen des Unterhändlers bei Immobiliargeschäften“ in „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung“, 56. Jahrgang, 1891, S. 369 ff.

Recht, Das, 1907.

Reichel: „Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte“ im „Archiv für die Zivilistische Praxis“, 104. Bd., 1909, S. 1 ff.

Reichsgerichtsräte Georg Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Riehl, Schaffeld und Schmitt: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1. Bd.

Reuling: „Die Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler“ in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 40, 1896, S. 193 ff.

Riesenfeld: „Der Zivilmäkler“ in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 37, 1893, S. 27—68; 257—289; 530—585; 814—853.

Rocholl: „Der Mäklervertrag (de lege ferenda)“ in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 20, 1876, S. 399 ff.

Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, 2. Heft, 1882.

Rocholl-Niedner: Vorschläge zur Abänderung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in Form eines Gegenentwurfs mit kurzer Begründung, 1891, Buch II, §§ 580—580d nebst Anmerkungen, S. 232—235.

Rospatt: „Zwei Streitfragen des Mäklervertrags" in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 45, 1901, S. 546 ff.

Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 67. Jahrgang, 1903.

Schneickert: „Welche zivilrechtlichen Verbindlichkeiten kann die Mäklerei, insbesondere die Arbeitsvermittelung begründen?" in „Seufferts Blätter für Rechtsanwendung", 69. Jahrgang, 1904, S. 261 ff.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, 37. Bd., 1882, 49. Bd., 1894.

— Blätter für Rechtsanwendung, 42. Jahrgang, 1877, S. 305 ff. „Über den Anspruch auf Unterhändlerlohn bei Immobiliarveräußerungen".

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., 1906, 1. Bd., Exkurs vor § 93: „Die Zivilmakler (insbesondere die Grundstücks- und Hypothekenmakler)."

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, 3. und 4. Aufl. 1908.

v. Völderndorff: „Über Unterhändlerlohn bei nicht zustande gekommenem oder rückgängig gewordenem Hauptgeschäfte" in „Bödikers Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart", Bd. 1, S. 43 ff., 1881.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Jahrgang 1—8.

Wieprecht: Die Provisionsabrede des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen, Diss., Breslau, 1910.

Woltersdorff: Die rechtliche Natur des Mäklervertrags, Berlin, 1905.

Zeiler: „Mäklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung" in „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern", 4. Jahrg., 1908, S. 395 ff.

§ 1.

Einleitung.

Allgemeines.

Im Mäklerwesen, das von jeher eine nicht unerhebliche Rolle im Verkehrsleben gespielt hat, unterscheidet man Handelsmäkler, das sind solche, die gewerbsmäßig Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermitteln, und Nichthandelsmäkler oder, wie sie vielfach kürzer genannt werden, Zivilmäkler.

Im Verkehr der Jetztzeit gewinnen die sogenannten Grundstücksmäkler eine stets wachsende Bedeutung in den Städten sowohl wie auf dem platten Lande. Unter Grundstücksmäklern versteht man gemeinhin solche Mäkler, welche Verträge über Erwerb und Veräußerung von Grundstücken[1]) vermitteln. Da Grundstücke unstreitig nicht zu den Gegenständen des Handelsverkehrs gerechnet werden, so gehören die Grundstücksmäkler zu den Zivilmäklern. Ihre Rechtsverhältnisse sind deshalb nach bürgerlichem Recht zu beurteilen.

Während in früheren Rechtsquellen der Mäklervertrag keinerlei eigene Berücksichtigung gefunden hat, hat das Bürgerliche Gesetzbuch ihm nach dem Vorgange des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches einen besonderen Titel gewidmet. Es hat zwar keine erschöpfende Regelung des Instituts gegeben, sondern sich mit einigen Einzelbestimmungen in den §§ 652—656 begnügt. Insbesondere hat der Gesetzgeber, wie bei so manchen anderen Rechts-

[1]) Donig. S. 85.

instituten, sich einer direkten Begriffsbestimmung des Mäklervertrages enthalten. Jedoch ist in dem ersten Satz des § 652, welcher lautet:

„Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohns nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt“,

mit hinreichender Bestimmtheit das Wesen des Mäklervertrages gekennzeichnet. Danach ist der Mäklervertrag ein Vertrag, durch den der eine Teil, der Auftraggeber, wie er meist genannt wird — wobei die Bezeichnung „Auftrag“ natürlich nicht im juristisch-technischen Sinne des B.G.B., sondern im weiteren Sinne aufzufassen ist —, dem anderen Teil, dem Mäkler, einen Lohn für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder für die Vermittelung eines Vertrages unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung[1]) verspricht, daß der Vertrag infolge des Nachweises oder der Vermittelung des Mäklers tatsächlich zustande kommt.

Es soll gleich an dieser Stelle erwähnt werden, daß die Vorschrift des § 652 keine zwingende Rechtsnorm darstellt, so daß es jedem freisteht, seine Rechtsbeziehungen zu einem anderen, dessen er sich zur Vermittelung eines Vertrages bedienen will, abweichend vom § 652 zu regeln, so daß sich insbesondere jemand, der für einen anderen einen Vertrag vermitteln soll, entgegen der Vorschrift des § 652 auch für den Fall, daß ein Vertrag nicht zustande kommt, die Zahlung eines bestimmten Betrages von jenem anderen versprechen lassen kann. Inwieweit durch derartige abweichende Parteiverabredungen der zwischen ihnen abgeschlossene Vertrag die rechtliche Natur des Mäklervertrages beibehält bezw. aufgibt, ist in der Literatur streitig. Mit diesen Fragen beschäftigt sich Wieprecht in

[1]) Riesenfeld, S. 46.

dem zweiten Teil seiner erst nach Fertigstellung dieser Arbeit im Druck erschienenen und daher nachträglich berücksichtigten Dissertation — S. 20 ff. — Da die Zahl der Möglichkeiten, wie die Parteien abweichend vom § 652 ihre Beziehungen regeln können, eine unbegrenzte ist, soll in dieser Abhandlung nur von dem im B.G.B. geregelten Normalfall des Mäklervertrages, so wie er den regelmäßigen Verkehrsanschauungen entspricht,[1]) die Rede sein.

Der § 652 spricht nur allgemein vom „Zustandekommen" des Vertrages, ohne zu erklären, wann dies „Zustandekommen" als erfolgt anzusehen ist. Insbesondere geht aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht ohne weiteres hervor, ob zu dem „Zustandekommen" bei formbedürftigen Rechtsgeschäften die Wahrung der Formvorschriften notwendig ist. — In dieser Arbeit soll die Rede sein von der Provisionsabrede des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen.

Der Erörterung dieses Punktes muß die einiger allgemeiner Fragen über den Mäklervertrag voraufgehen.

§ 2.
Die ratio legis des § 652.

Der Zweck des Gesetzgebers beim Abhängigmachen des Anspruchs des Mäklers auf die Mäklergebühr von dem Eintritt der gesetzlichen Bedingung des Zustandekommens des beabsichtigten Vertrages geht aus dem Wortlaut des § 652 hervor. Der Satz „ . . . . ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn . . . ." zeigt, daß die Bestimmung zugunsten des Auftraggebers getroffen ist. Er soll nicht zu zahlen brauchen, wenn der Vertrag, den er beabsichtigte, als er den Mäkler beauftragte, nicht zum Abschluß gelangt ist. Und weshalb soll er in diesem Falle nicht zu zahlen brauchen? — Die ratio legis des § 652 ist ganz ähnlich der des § 313, welcher vorschreibt, daß ein Grundstücksüberlassungsvertrag zu seiner Gültigkeit

[1]) Staub, S. 384 Anm. 9; Motive S. 512.

der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, so daß also die Vertragsteile an einen ohne Befolgung dieser Formvorschrift geschlossenen Vertrag nicht gebunden sind. Die zwingende Rechtsnorm des § 313 will den Grundstückseigentümer gleichsam gegen sich selbst schützen, gegen übereilte, leichtsinnige, unüberlegte Veräußerung seines Grundstücks,[1]) er soll an derartige Wirtshaus- und Spieltischverträge nicht gebunden sein. Der Weg zum Gericht oder Notar soll dazu beitragen, ihm die schwerwiegenden Folgen, die ein solches Rechtsgeschäft für ihn nach sich zieht, zum Bewußtsein zu bringen. Die Freiheit seiner Willensbestimmung und seiner Entschließung über seinen Grund und Boden soll in weitestem Maße geschützt sein. — Ein ähnlicher Gedanke liegt auch dem § 652 zugrunde. Der Auftraggeber soll durch nichts in der Freiheit seiner Entschließung hinsichtlich der Verfügung über sein Eigentum beschränkt sein. Es würde aber, wenn auch nicht immer und ausschließlich, so doch in zahlreichen Fällen und je nach der Höhe der verabredeten Mäklerprovision in mehr oder weniger erheblichem Grade für die Entscheidung des Auftraggebers bei den Kaufverhandlungen mitbestimmend sein, wenn er sich sagen müßte, daß er die vielleicht in die Tausende gehende Mäklerprovision auch zahlen müsse, wenn er die Verhandlungen scheitern lasse.[2]) — Daß dieser Gedanke, daß der Auftraggeber durch keinerlei Kosten irgend welcher Art in seiner Willens- und Entschließungsfreiheit beschränkt sein soll, den Gesetzgeber bei Erlaß des § 652 geleitet hat, erfährt eine Bestätigung in der weiteren Bestimmung des Paragraphen, daß dem Mäkler selbst die zweckdienlich gemachten Auslagen mangels ausdrücklicher Verabredung beim Nichtzustandekommen des erstrebten Vertrages nicht ersetzt zu werden brauchen, was nach früherem Recht sehr bestritten war.[3]) — Eine Konsequenz dieses Grundgedankens ist die,

[1]) Seufferts Blätter f. R.-A. 42. S. 308; Reichel S. 10, 11.
[2]) Seufferts Blätter f. R.-A. a. a. O. Wieprecht. S. 12.
[3]) Rocholl bei Gruchot, S. 409; v. Völderndorff, S. 58.

daß der Auftraggeber bis zum letzten Augenblick vor dem definitiven Abschluß des Vertrages Herr des Geschäfts bleibt, daß er durch den dem Mäkler erteilten Auftrag in keiner Weise gebunden ist, den Vertrag auch wirklich abzuschließen, und möge derselbe auch von dem Mäkler genau zu den ihm vorgeschriebenen Bedingungen vorbereitet sein. Der Auftraggeber kann seine Absicht eben noch bis zum letzten Augenblick ändern.[1])

Des weiteren bedarf es, um die in der Literatur hervorgetretenen verschiedenen Ansichten genügend würdigen zu können, einer Erörterungd er Frage, wofür denen eigentlich die Mäklerprovision eine Vergütung darstellt, und damit eines kurzen Eingehens auf die rechtliche Natur des Mäklervertrages.

§ 3.

Die rechtliche Natur des Mäklervertrages.

Im römischen Recht hat, abgesehen von einigen Vorschriften ganz allgemeinen Inhalts „weder Gesetzgebung noch Doktrin das Mäklerrecht geregelt und ihm eine bestimmte oder gar ausschließliche Gestaltung verliehen“.[2]) „Römische Klugheit sah“, wie Dernburg — S. 548 — sich ausdrückt, „davon ab, die Beziehung zwischen den Auftraggebern und den Mäklern zu klagbaren Kontrakten zu gestalten“, und man half dem Mäkler zur Erreichung seiner Ansprüche gegen den Auftraggeber mit einer extraordinaria cognitio.[3]) — Im Gemeinen Recht ordnete man den Mäklervertrag den verwandten Begriffen des Auftrags, des Dienst-

[1]) So schon nach früherem Recht R.G. 31, 291 ff; Radlkofer S. 374; Reuling S. 214; Riesenfeld S. 29; nach heutigem Recht Staudinger S. 1005; Endemann S. 1112; Planck S. 629; Schlesw. Holst. Anz. 67, 101. — Anderer Meinung: nach früherem Recht Kuhn, der sogar eine Zahlungspflicht des Auftraggebers statuieren wollte, wenn derselbe durch Zufall an der Entgegennahme des Resultats der geleisteten Mäklerarbeit gehindert wurde; nach heutigem Recht Lotmar, S. 285.

[2]) Laband, S. 3; Riesenfeld, S. 60.

[3]) Laband, S. 7; Endemann, S. 1111, Anm. 1; Dernburg, S. 548.

oder des Werkvertrags unter. — Im B.G.B. hat er eine Regelung nach eigenen Grundsätzen gefunden und seine Stellung im System der einzelnen Schuldverhältnisse in einem eigenen Titel hinter dem Dienstvertrag und Werkvertrag erhalten. Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die ihn teils stets als eine Spezialart des Auftrages,[1]) des Dienst- oder Werkvertrags, teils „als einen allgemeinen Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienstvertrages oder Werkvertrages annehmen kann, ohne dadurch aufzuhören, der allgemeinen Kategorie des Maklervertrages anzugehören", betrachtet wissen wollen.[2]) — Daß den Mäklervertrag von jeder der drei Vertragsarten des Auftrages, des Dienst- und des Werkvertrages ein wesentliches Moment unterscheidet, bedarf kaum der Hervorhebung. Vom Auftrag unterscheidet ihn die Entgeltlichkeit. Diese ist dem Mäklervertrag des B.G.B. wesentlich.[3]) Natürlich ist ein unentgeltlicher Vertrag über eine Geschäftsvermittelung sehr wohl möglich. Auch kann man solchen Vertrag mit Rücksicht darauf, daß Geschäftsvermittelung und Mäklertätigkeit identische Begriffe sind, einen Mäklervertrag im weiteren Sinne nennen. Aber ein Mäklervertrag im Sinne des 8. Titels des 7. Abschnittes des Buches der Schuldverhältnisse ist dann nicht vorhanden. Auch der § 653 Satz 1, welcher lautet:

> „Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist",

kann die prinzipielle Entgeltlichkeit des Mäklervertrages nicht in Frage stellen. Diese Bestimmung hat nur die Bedeutung, daß der Mäklerlohn nicht ausdrücklich vereinbart zu sein braucht. Eine dem § 653 Abs. 1 analoge Bestimmung findet sich auch wörtlich im § 612 hinsichtlich der Vergütung beim Dienstvertrag, der nach ausdrücklicher Bestimmung des § 611 zu den entgeltlichen Verträgen

[1]) Düringer und Hachenburg, S. 282; Oertmann, S. 760.
[2]) Staub, S. 382.
[3]) Wieprecht, S. 4.

zählt. — Das Unterscheidungsmerkmal des Mäklervertrages vom Dienstvertrage bildet der Umstand, daß bei letzterem die Dienste bezahlt werden müssen unabhängig vom Erfolg, vom Werkvertrage die Tatsache, daß hier der Unternehmer die Verpflichtung übernimmt, den Erfolg herbeizuführen, während eine Vermittelung, die ja den Gegenstand des Mäklervertrages bildet, eine solche Verpflichtung nicht zuläßt.

Andererseits bin ich mit Lotmar[1]) der Ansicht, daß für eine so komplizierte Konstruktion des Mäklervertrages als eines allgemeinen Begriffs, der je nach den Begleitumständen das rechtliche Gewand verschiedener anderer Verträge anlegen kann, im B.G.B. keine Stütze vorhanden ist. Das B.G.B. hat vielmehr eine völlige Abgrenzung des Mäklervertrages vom Dienst- und Werkvertrag vollzogen.[2])

Das Resultat der vorstehenden Betrachtungen ist also folgendes: Der Mäklervertrag ist ein Vertrag eigener Art.[3])

Das soeben erwähnte Unterscheidungsmerkmal des Mäklervertrages vom Werkvertrage leitet über zu der Frage, ob der Mäkler durch den Mäklervertrag überhaupt irgendeine Verpflichtung, zum Zwecke des Zustandekommens des vom Auftraggeber erstrebten Vertrages tätig zu werden, auf sich nimmt, oder ob nur der Auftraggeber die durch das Zustandekommen des Vertrages bedingte Verpflichtung zur Lohnzahlung übernimmt, mit anderen Worten, ob der Mäklervertrag ein einseitig oder ein zweiseitig verpflichtender Vertrag ist. Manche[4]) behaupten, daß bei einer Verpflichtung zum Tätigwerden der Mäklervertrag aufhöre, Mäklervertrag zu sein, sondern Dienst- oder Werkvertrag werde. Allein, das ist schon um deswillen unrichtig, weil

---

[1]) S. 282.

[2]) Crome, S. 433, Anm. 58.

[3]) So schon nach früherem Recht: Laband, S. 10, 11; Riesenfeld, S. 48; nach heutigem Recht: Burchard, S. 290; Dörr, S. 620; Lotmar, S. 282, Anm. 2; Rocholl-Niedner: S. 232: Planck, S. 629; Wieprecht, S. 4.

[4]) Burchard, S. 289; Schneickert, S. 264.

die dem Mäklervertrag eigentümliche Klausel, daß der Lohn nur beim Zustandekommen des Vertrages geschuldet wird, die bei einer solchen Verpflichtung des Mäklers bestehen bliebe, ebenso wie die übrigen unterscheidenden Umstände, mit den oben gekennzeichneten Begriffsmerkmalen nicht vereinbar wäre, die dem Dienst- oder Werkvertrage eigen sind. — Andere[1]) bringen vor, daß die vom Mäkler zu bewirkenden Leistungen im einzelnen im voraus zu unbestimmt und unbestimmbar seien, als daß der Mäkler sich zu ihrer Vornahme verpflichten könnte. Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß sehr wohl Fälle denkbar sind, in denen die Tätigkeit eines Mäklers im voraus bestimmbar ist, ohne daß dadurch der Vertrag zum Dienst- oder Werkvertrag wird, weil auch hier die oben genannten Unterscheidungsmerkmale bestehen bleiben.[2]) Sodann hindert auch die vorherige Unbestimmbarkeit von Leistungen im einzelnen nicht, daß ihre Ausführung in ihrer Gesamtheit von jemandem als eine vertragliche Verpflichtung übernommen werde. Das Verhältnis zwischen den beiden Parteien eines Mäklervertrages setzt allerdings ein ungewöhnliches Maß von beiderseitigem Vertrauen voraus.[3]) — Das O.L.G. Braunschweig spricht in seiner Entscheidung vom 20. Februar 1882 von der „bonae fidei-Natur“ des Mäklervertrages.[4]) — Insbesondere muß der Auftraggeber dem Mäkler völlig überlassen, die diesem zur Erreichung des Zwecks des Auftraggebers geeignet erscheinenden Einzelhandlungen, die, wie zuzugeben ist, meistens im voraus noch nicht bestimmbar sind, zu der ihm geeignet erscheinenden Zeit vorzunehmen. Aber — so ist mit Crome[5]) zu fragen — ist das nicht in gleicher Weise bei den Leistungen eines Arztes, Lehrers, Advokaten der Fall, deren Tätigkeit doch nach allgemeiner Anschauung trotzdem

[1]) Riesenfeld, S. 263, 267 und die daselbst Angef.
[2]) Vgl. Motive S. 511.
[3]) Laband, S. 12; Burchard, S. 239; Crome, S. 414; Wieprecht S. 6.
[4]) Seuff. Arch., S. 420 ff.
[5]) S. 417.

Gegenstand von zweiseitigen Verträgen, nämlich Dienst- oder Werkverträgen, bildet? Auch wird die Möglichkeit, daß der Mäkler durch den Mäklervertrag verpflichtet wird, für den Auftraggeber tätig zu werden, m. E. nicht dadurch gehindert, daß in vielen Fällen eine Klage gegen ihn auf Erfüllung, die übrigens in der Praxis kaum jemals vorkommen wird,[1]) mangels Substanziierung ohne Erfolg sein wird.[2]) Ich trage darum kein Bedenken, mich denen anzuschließen, die den Mäklervertrag als ein zweiseitiges[3]) Rechtsgeschäft bezeichnen, und zwar, wie Lotmar und Crome es a. a. O. tun, als einen Arbeitsvertrag, wie ihn auch die Preußische Praxis zu den „Verträgen über Handlungen" zählte.[4])

Viele haben sich durch die dem Mäklervertrag des B.G.B. sein eigenartiges Gepräge gebende Klausel des § 652, die inhaltlich auch schon nach früherem Recht von der herrschenden Meinung anerkannt wurde,[5]) verleiten lassen, dem Begriff des „Zustandekommens" des Vertrages, also des Erfolges der Mäklertätigkeit, eine ausschließliche Bedeutung beizumessen und diese Tätigkeit selbst für völlig bedeutungslos zu erklären. Demgegenüber will Lotmar[6]) aus dem buchstäblichen Wortlaut des Gesetzes herleiten, daß die Arbeit des Mäklers den Inhalt der Verpflichtung desselben bilde und daß es im Verhältnis des Mäklers zu seinem Auftraggeber erst in zweiter Linie auf den Erfolg ankomme. Beide Auffassungen treffen m. E. nicht das Richtige. Man kann weder mit den Einen sagen, die Mäklergebühr werde n u r für den Erfolg bezahlt (Burchard), nicht die Mühe des Mäklers, sondern lediglich der Vertragsschluß (Riesenfeld), das Zustandekommen des Vertrages

[1]) Neubauer, S. 10.

[2]) A. M.: Wieprecht, S. 6.

[3]) Dernburg, S. 551; Oertmann, S. 671; Dörr, S. 620; Crome, Kuhlenbeck, S. 34; Reichsgerichtsräte, S. 487.

[4]) Vgl. Riesenfeld, S. 45 R. selbst zwar a. M.

[5]) Vgl. Motive, S. 512.

[6]) S. 284.

(Rocholl), das glücklich vollendete Werk (Laband) usw. werden bezahlt, noch darf man mit Lotmar der Arbeitsleistung des Mäklers bei der Frage, wofür der Lohn bezahlt werde, eine ausschlaggebende Rolle beimessen. Beide Momente, Arbeitsleistung des Mäklers und Zustandekommen des Vertrages stehen hier, sich gegenseitig ergänzend, ebenbürtig nebeneinander. Die Mühe des Mäklers wird ohne den Erfolg nicht bezahlt, ebensowenig wie für das ohne Zutun des Mäklers — wie umfangreich dieses gewesen, darauf kommt es allerdings nicht an — erfolgte Zustandekommen des Vertrages ein Mäklerlohn geschuldet wird. Das O.L G. Braunschweig drückt diesen Gedanken in seiner vorhin citierten Entscheidung sehr richtig so aus:

„ . . . Nicht die Dienste des Mäklers an und für sich werden honoriert, sondern diese Dienste, sofern sie von Erfolg gewesen sind."

Wenden wir uns nunmehr zum Hauptteil der Arbeit. Es soll zunächst gesprochen werden über

§ 4.

Das Zustandekommen des Vertrages im Sinne des § 652.

Das Gesetz selbst sagt im § 652 nichts darüber, was zum Zustandekommen eines Vertrages als Voraussetzung für die Begründung des Mäklerprovisionsanspruchs gehört.

Nach den allgemeinen Grundsätzen über das Vertragsrecht genügt in der Regel die Willenseinigung der Parteien über alle wesentlichen Punkte zum Zustandekommen eines rechtswirksamen Vertrages. Zuweilen jedoch verlangt das Gesetz zur rechtlichen Wirksamkeit eines Vertrages die Wahrung einer bestimmten Form bei seinem Abschluß. So fordert das B.G.B. im § 313 für die Rechtswirksamkeit eines Grundstücksveräußerungsvertrages, der hier allein interessiert, die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wobei es zugleich bestimmt, daß der Mangel der Form durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch geheilt wird. Es fragt sich nun, ob ein ohne ordentliche Er-

füllung dieses Formerfordernisses geschlossener Grundstücksveräußerungsvertrag als ein im Sinne des § 652 „zustandegekommener" Vertrag anzusehen ist. Mit anderen Worten: Erfordert der § 652 zum „Zustandekommen" des vom Mäkler zu vermittelnden bezw. nachzuweisenden Vertrages die formelle Gültigkeit desselben, oder genügt die äußere Willensübereinstimmung der Parteien über alle wesentlichen Punkte? — Während sich die überwiegend herrschende Meinung in Doktrin und Praxis für die erste Alternative ausgesprochen hat, ist die Frage doch nicht völlig unbestritten geblieben. Es ist deshalb in eine eingehende Prüfung derselben einzutreten.

Die Motive[1]) haben die Frage in unzweideutiger Weise dahin beantwortet:

„ . . . . Voraussetzung des Anspruchs auf die Gebühr ist . . ., daß der Vertrag in rechtlich wirksamer Weise zustandegekommen ist."

Daß es auf die rechtliche Wirksamkeit des Vertrages für die Begründung des Mäklerlohnanspruchs ankommt, kann man auch aus dem zweiten Satz des § 652 folgern, welcher lautet:

„Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt."

Der Mäklerlohn ist vor Eintritt der Bedingung noch nicht verdient, weil eben nach § 158 die „Wirkung" eines unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäfts erst mit Eintritt der Bedingung eintritt.[2])

Die Motive fügen als erste praktische Konsequenz des von ihnen ausgesprochenen, oben citierten Grundsatzes des Erfordernisses der rechtlichen Wirksamkeit des Vertrages zur Begründung des Anspruches auf Mäklerlohn hinzu:

„Der Anspruch auf die Gebühr ist daher nicht begründet, wenn der äußerlich zum Abschluß gekommene Vertrag nichtig ist."

[1]) S. 513.

[2]) Vgl. Motive a. a. O.

Nun ist aber nach § 125 B.G.B. ein der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelndes Rechtsgeschäft nichtig. Infolgedessen ist, wenn man den § 652 im Sinne der Motive auslegt, bei einem der gesetzlich vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ermangelnden Grundstücksveräußerungsvertrag der für seine Vermittelung versprochene Mäklerlohn nicht geschuldet.

Das gleiche folgt auch per argumentum e contrario aus der oben erörterten ratio legis der Vorschrift des § 652. Wenn nämlich die Mäklergebühr schon beim Vorliegen eines rein äußerlich abgeschlossenen, wegen Formmangels aber nicht rechtswirksamen Vertrages geschuldet würde, so würde die ratio legis, die beim § 652, wie wir sahen, ähnlich ist wie beim § 313, mehr oder weniger illusorisch gemacht werden. Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein.

Das ist denn auch, wie erwähnt, die überwiegend herrschende Meinung[1]) in Literatur und Praxis nicht nur des heutigen, sondern auch des gemeinen Rechts und des Preußischen Landrechts, unter deren Herrschaftsgebieten der Mäklervertrag überhaupt im wesentlichen ebenso beurteilt wurde, wie er heute beurteilt wird, und deren Literatur infolgedessen für die Entscheidung der Streitfragen über das Mäklerrecht des B.G.B. im allgemeinen an Brauchbarkeit nichts eingebüßt hat.[2])

Nur ganz vereinzelt hat man sich auf einen entgegengesetzten Standpunkt gestellt, insbesondere vor dem Inkrafttreten des B.G.B. Das erklärt sich vor allem daraus, daß früher der Mäklervertrag keine abgeschlossene Regelung gefunden hatte und so die Praxis mehr der Verschiedenheit des Einzelfalls unter besserer Berücksichtigung der aequitas

[1]) Nach früherem Recht: Riesenfeld und die bei ihm Angef. S. 534, 535, 536, 544; R.G., Bd. 25, S. 319 ff.; Bd. 29, S. 230 ff.; nach heutigem Recht: Staub, S. 387; Jacusiel, S. 30; Matthiaß, S. 336; Crome, S. 432; Dernburg, S. 554; Oertmann, S. 674; Dörr, S. 637; Reichsgerichtsräte, S. 488; Jur. Wochenschr., 1902, Beil., S. 228.

[2]) Vgl. Staub, S. 381.

bei der Rechtsprechung Rechnung tragen konnte, was nach dem heutigen Stande des Gesetzes nicht immer in wünschenswertem Maße möglich ist. — So sagt das O.L.G. Braunschweig in einer Entscheidung vom 14. Dezember 1893,[1]) die Mäklergebühr werde geschuldet, da der Vertrag zustande gebracht sei, ob dieser nichtig, sei gleichgültig.

Andererseits genügt aber auch das Zustandekommen eines rechtswirksamen und formell gültigen Vertrages zur Begründung des Mäklerlohnanspruchs, insbesondere bedarf es hierzu nicht der Erfüllung des Vertrages.[2]) Der Mäkler ist Vertragsvermittler. Solange die Vermittelung dauert, ist noch kein Vertrag vorhanden, wird erst auf die Entstehung des Vertrages hingewirkt; andererseits ist aber auch, wenn der Vertrag abgeschlossen ist, die Vermittelungstätigkeit begriffsmäßig beendet.[3]) Mit dem Abschluß des rechtswirksamen und formell gültigen Vertrages hat der Auftraggeber die rechtliche Möglichkeit, den von ihm bei der Auftragserteilung an den Mäkler erstrebten ökonomischen Erfolg herbeizuführen. Ein Weiteres kann vom Mäkler nicht gefordert werden. Weder kann dem Mäkler die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des zugeführten Käufers auferlegt werden,[4]) es sei denn, daß er wissentlich falsche Angaben über diesen Punkt gemacht oder hierauf bezügliche Tatsachen, von denen er wußte oder annehmen mußte, daß sie den Auftraggeber von der Eingehung des Geschäfts abgehalten haben würden, verschwiegen hätte[5]) oder daß die Zahlungsfähigkeit des Käufers als Bedingung dem Provisisionsversprechen hinzugefügt war. Einen solchen Fall behandelt die Entscheidung bei Bolze,[6]) die demnach

---

[1]) Seuff. Arch., Bd. 49 No. 247.

[2]) Riesenfeld, S. 533 und die das. in Anm. 84 Angef.; Jacusiel. S. 4; Crome, S. 437; Dernburg, S. 553; Oertmann, S. 676.

[3]) Riesenfeld, S. 533.

[4]) Riesenfeld, S. 60. Anm. 100, S. 280.

[5]) Vgl. Oertmann, S. 759; Riesenfeld, S. 280.

[6]) Bd. 7, No. 504.

m. E. zu Unrecht von Riesenfeld[1]) angegriffen wird. Noch kann, wie das O.L.G. Braunschweig in seiner Entscheidung vom 20. Februar 1882[2]) meint, bei auf Eigentumsübertragung gerichteten Verträgen die Eigentumsübertragung selbst zur Begründung des Mäklerlohnanspruchs verlangt werden. Eine Folge des Grundsatzes, daß der rechtliche Erfolg ausreicht, ist die, wie allgemein anerkannt ist und wie das Sächsische B.G.B. ausdrücklich im § 1257 ausgesprochen hatte, daß die durch wechselseitige Übereinstimmung der Parteien erfolgende Wiederaufhebung eines materiell und formell rechtswirksamen Vertrages den Provisionsanspruch des Mäklers nicht beseitigt. Die Motive[3]) bezeichnen das als „selbstverständlich". Ebensowenig ist eine anderweitige Nichterfüllung des Vertrages dazu imstande. Hierauf ist im folgenden Abschnitt zurückzukommen.

§ 5.

Die Provision des Grundstücksmäklers bei formell ungültigen Verträgen.

Es ist bestritten, in welcher Ausdehnung der § 652 Geltung für sich beansprucht, ob das im § 652 erforderte „Zustandekommen" des Vertrages ein tatsächliches sein muß, oder ob unter gewissen Umständen eine Fiktion des Zustandekommens statthaft ist, m. a. W. ob es Ausnahmen vom strikten Wortlaut des § 652 gibt, so daß die Mäklerprovision unter Umständen auch bei formell ungültigen Verträgen als geschuldet anzusehen ist.

In der Praxis des früheren Rechts trat vereinzelt die Ansicht hervor, daß dem Mäkler, wenn ein Vertrag nicht zustandegekommen war, dennoch ein Entgelt für seine Bemühungen nach Maßgabe der Rechtsnormen über den Dienstvertrag zustehen müsse. Hiervon kann nach dem heutigen

[1]) S. 281.

[2]) Seuff. Arch. 37, S. 420.

[3]) S. 514.

Gesetze keine Rede mehr sein.[1]) Auch die besonders verfochtene Ansicht,[2]) daß dem Mäkler für diesen Fall mindestens seine Auslagen ersetzt werden müßten, ist nach dem ausdrücklichen gegenteiligen Wortlaut des B.G.B. heute nicht mehr diskutierbar.

Die Erfüllung eines formell ungültigen Vertrages heilt den Mangel der Form. Das ist für Grundstücksveräußerungsverträge im § 313 ausdrücklich bestimmt. Und man muß denselben Grundsatz auch für andere formbedürftige Verträge gelten lassen, wo, wie z. B. bei Mietverträgen über 1 Jahr, die nach § 566 der Schriftform bedürfen, das Gesetz eine solche ausdrückliche Bestimmung nicht gibt. Denn der eingetretene ökonomische Erfolg ersetzt dann den mangelnden rechtlichen, er enthält sogar ihm gegenüber ein Mehr. Ist ein solcher Vertrag ohne Wahrung der vorgeschriebenen Form geschlossen, aber von beiden Vertragsteilen vollständig erfüllt, so darf auch dem Mäkler seine Provision nicht aus dem Grunde verweigert werden, weil ein formell gültiger Vertrag nicht entstanden ist.[3]) In einem solchen Fall kann man also von einer Ausnahme vom § 652 reden. Nicht so beim Grundstücksveräußerungsvertrag. Hierbei bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß durch die die „Erfüllung" ausmachende Auflassung und Eintragung ins Grundbuch der formell ungültige Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird. Der Vertrag ist dann mithin kraft gesetzlicher Vorschrift „zustandegekommen", der Tatbestand des § 652 also vorhanden. Eine andersartige „Erfüllung" eines Grundstücksveräußerungsvertrages als die durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch läßt sich nicht denken. Auch ein sonstiger formloser Ersatz der formellen Gültigkeit, z. B. durch eine „Bestätigung" im Sinne des § 141 ist bei Grundstücksveräußerungsverträgen nicht möglich, weil eine solche „Bestätigung" formbedürftiger Geschäfte auch nur

[1]) Vgl. Dörr, S. 633.

[2]) v. Völderndorff a. a. O.

[3]) So auch Reichel, S. 33; Jacusiel, S. 30.

unter Wahrung der vorgeschriebenen Form geschehen kann.[1])

Lassen sich im übrigen Ausnahmen vom Erfordernis des Zustandekommens des Vertrages zur Begründung des Mäklerlohnanspruchs konstruieren, etwa mit Hilfe anderer Grundsätze des Zivilrechts? Das ist nicht unversucht geblieben. So will Lotmar[2]) eine Ausnahme schaffen durch die Anwendung des § 162 Abs. 1, welcher lautet:

„Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten."

Diesen auf die Bedingung bei Rechtsgeschäften bezüglichen Satz will Lotmar auch auf die gesetzliche Bedingung des § 652 für das Entstehen des Provisionsanspruchs, das Zustandekommen des erstrebten Vertrages, angewandt wissen. Ebenso nach früherem Recht, wo der Satz des § 162 seinem Inhalte nach gleichfalls galt, O.L.G. Braunschweig.[3]) Das ist jedoch nicht angängig.[4]) Es ist zwar zuzugeben, daß im allgemeinen natürlich auch der Mäklervertrag von dem Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht wird. Allein, dieser Grundsatz hat seine Grenzen, und man muß Lotmar hinsichtlich des Verhältnisses des § 157 zum § 652 einmal mit Reichel[5]) entgegnen, daß man nicht den vom Gesetz selbst (im § 652) gewährten Schutz beliebig durch Berufung auf Treu und Glauben illusorisch machen darf. Man könnte dann mit demselben Recht von jedem, der formlos eine Verpflichtung auf sich genommen hat, zu deren Begründung das Gesetz eine Form vorschreibt, sagen, Treu und Glauben verlangen von ihm, daß er die einmal gegebene Zusage halte. Andererseits ist aber auch zu bestreiten, daß der Tatbestand des § 162, Abs. 1, vorliegt,

[1]) Vgl. Planck I, S. 252; Neumann, Handbuch, S. 151.

[2]) S. 285.

[3]) Seuff. Arch. 37, S. 420 ff.

[4]) R.G. bei Gruchot 28, S. 835 ff: Motive. S. 512; Crome, S. 433; Dörr, S. 633; Oertmann, S. 674.

[5]) S. 4.

wenn der Auftraggeber sich weigert, einen vom Mäkler vorbereiteten Vertrag abzuschließen oder die formelle Ungültigkeit eines abgeschlossenen Vertrages zu beheben, was im Effekt auf dasselbe hinausläuft. Eine in der Zwischenzeit zwischen der Auftragserteilung und dem rechtswirksamen Abschluß des Vertrages eintretende Sinnesänderung des Auftraggebers bezüglich der Verfügung über sein Grundstück kann ihm, wie Radlkofer[1]) ausführt, nicht als „unredliche" Hintertreibung des Eintritts der Bedingung angerechnet werden. Seine Sinnesänderung wird eben gedeckt durch seinen Vorbehalt der freien Willensbestimmung bei Übernahme der Zahlungspflicht. Er will von vornherein die Zahlungspflicht nur für den Fall übernehmen, „daß er seinerzeit im entscheidenden Moment und nach Maßgabe der dann gegebenen Umstände zum Verkauf sich entschließt".[2]) Man darf nicht vergessen, daß der Mäklervertrag, wie Kuhn[3]) es sehr treffend ausdrückt, „nicht Selbstzweck ist, sondern lediglich einem dritten Geschäft dient". Lotmar zieht denn auch aus dem von ihm verfochtenen Satz über die Bedingung die notwendige Konsequenz, indem er das freie Belieben des Auftraggebers, nach Willkür die Vertragsvorschläge des Mäklers anzunehmen oder abzulehnen, leugnet und sich dadurch in Widerspruch setzt mit der herrschenden Meinung, die aus der oben erörterten ratio legis des § 652 jenes freie Belieben des Auftraggebers folgert.

Während die Ansicht Lotmars[4]) im früheren Recht häufiger hervortrat, ist sie heute kaum noch zu finden. Im Sächsischen B.G.B. war im § 1256 ausdrücklich gesagt, daß der Mäkler den Abschluß des Vertrages vom Auftraggeber nicht verlangen könne.[5]) Auch die Motive sprechen das aus.

---

[1]) S. 374.

[2]) Radlkofer, a. a. O.

[3]) S. 235.

[4]) Z. B. v. Völderndorff, S. 65, und die bei Riesenfeld, S. 571 Angef.

[5]) S. 512.

Staudinger[1]) scheint allerdings darin ein „aber“ zu kennen, indem er, nachdem er sich zuvor in ausdrücklichster Weise der herrschenden Meinung angeschlossen hat, mit den Worten

> „über den Fall aber, daß die Rechtsunwirksamkeit des vermittelten Vertrages vom Auftraggeber allein beseitigt werden könnte und dieser gegen Treu und Glauben die Beseitigung des Hindernisses verweigert,“

auf ein Urteil des O.L.G. Rostock[2]) vom 21. Dezember 1899 verweist, welches sogar vom Auftraggeber verlangt, daß er die Beseitigung jenes „Hindernisses“, wenn möglich, mittels Klage erzwinge. Auch Wieprecht — S. 12 — der zwar grundsätzlich die „Tendenz, dem Auftraggeber bis zum letzten Augenblick die Freiheit des Handelns zu wahren“, anerkennt, schließt sich dem O.L.G. an, indem er die Provision dem Mäkler dann zugesprochen wissen will, wenn es sich im einzelnen Falle zeigt, daß die Weigerung des Auftraggebers, zur formgerechten Vollziehung des formlos geschlossenen Vertrages mitzuwirken, sich als ein doloses Handeln gegen den Mäkler darstellt. Wieprecht sagt allerdings nicht, wie er sich dies „dolose Handeln“ vorstellt. Ich bin der Ansicht, daß man kaum jemals in einer solchen Weigerung ein doloses Handeln wird erblicken können, da schon, wie oben gezeigt, eine bloße Sinnesänderung des Auftraggebers einen hinreichenden Grund zur Weigerung bilden darf. Nur dann könnte man von einer dolosen Handlungsweise des Auftraggebers reden, wenn dieser von vornherein die Absicht hatte, den angeblich beabsichtigten Vertrag nicht abzuschließen, und den Mäklervertrag lediglich einging, um den Mäkler durch Verursachung von Kosten und Arbeit zu schädigen. In solchem Falle aber würde der Auftraggeber dem Mäkler wegen unerlaubter Handlung aus § 826 und nicht aus dem Mäklervertrag haften. — Das O.L.G. Naumburg hat sich in einer Entscheidung vom

---

[1]) Staudinger, S. 1006.

[2]) Mugdan und Falkmann, Bd. 1, S. 403.

14. November 1905[1]) außerhalb der herrschenden Meinung gestellt, indem es ausführt:

„ . . . Hat der Mäkler seinem Auftraggeber einen Käufer zugeführt, den unter gleichen Verhältnissen ein vor- und umsichtiger Geschäftsmann akzeptieren würde, liegt der Abschluß des Vertrages mit dem zugeführten Käufer offensichtlich im Interesse des Auftraggebers, so muß trotz der Ablehnung seitens des letzteren im Verhältnis zwischen ihm und dem Agenten die Sache so angesehen werden, als hätte dieser den Vertrag erfüllt und eine erfolgreiche Mäklertätigkeit entwickelt. Und auch in diesem Falle der nach Treu und Glauben als erfolgreich anzusehenden Vermittelungstätigkeit des Mäklers ist der Mäklerlohn daher zu zahlen."

Diese Entscheidung ist weder mit dem Wortlaut noch mit der ratio legis des Gesetzes vereinbar. Es mag zugegeben werden, daß im Einzelfall die strikte Anwendung des § 652 für den Mäkler eine unbillige Härte mit sich bringen kann. Nach dem früheren Recht, wo der Grundsatz des Erfordernisses des Zustandekommens des Vertrages zur Begründung des Mäklerlohnanspruchs nur auf Übung beruhte und keine Stütze im Gesetz selbst hatte, konnte man diesen Billigkeitsrücksichten Rechnung tragen. Der Gesetzgeber des B.G.B. hat hierfür durch die positive Vorschrift des § 652 keinen Raum gelassen; für ihn war einzig der Schutz des Geschäftsherrn bestimmend. Die rechtliche Beurteilung der Beziehungen zwischen Auftraggeber und Mäkler hat sich mithin durch Einführung des B.G.B. zugunsten des Auftraggebers und zuungunsten des Mäklers verschoben. — Praktisch würde der Standpunkt des Gegners auch zu den größten Schwierigkeiten führen. Denn wo wäre schließlich die Grenze zu ziehen zwischen Fällen, in denen man mit der Begründung des O.L.G. Naumburg dem Mäkler die Provision ohne Rücksicht auf das Zustandekommen des Vertrages zubilligen wollte, und denen, wo das nicht geschehen sollte?

[1]) Mugdan und Falkmann, Bd. 12, S. 89.

Aus denselben Gründen ist eine Anwendung des § 324 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung . . . .

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist,“

auf den Mäklervertrag zu verwerfen.[1]) — Von einer vom Auftraggeber zu vertretenden Unmöglichkeit der dem Mäkler obliegenden Leistung kann schon um deswillen nicht die Rede sein, weil ja diese Leistung selbst durch die Verweigerung des Vertragsschlusses nicht behindert wird. — Ein Verzug der Annahme der Mäklerleistung ist aber infolge des freien Beliebens des Auftraggebers, den vom Mäkler vorbereiteten Vertrag abzuschließen oder nicht, welches, wie dargelegt, ihm unter allen Umständen zuzuerkenen ist, nicht denkbar. — Auch würde die Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen in ihren Konsequenzen auf dasselbe hinauslaufen wie die des § 162.

In neuerer Zeit wird häufig von Mäklern versucht, sich die Mitwirkung des Auftraggebers zur formellen Vollziehung des Vertrages durch Vereinbarung einer vom Auftraggeber für den Fall der Nichtmitwirkung zu zahlenden Vertragsstrafe zu sichern. Einer solchen Vereinbarung steht § 344 B.G.B. entgegen, welcher vorschreibt:

„Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.“

[1]) Dörr S. 633; Staudinger, S. 1005; O.L.G. Oldenburg im Recht, 1907, No. 1817, S. 828; Rospatt, S. 547. A. M.: O.L.G. Karlsruhe in Mugdan und Falkmann, Bd. 1, S. 236.

Nach § 313 in Verbindung mit § 125 ist ein mündliches Versprechen, einen Grundstückskaufvertrag förmlich zu vollziehen, unwirksam und daher auch gemäß § 344 die Strafvereinbarung ungültig. (Vgl. hierüber Wieprecht, S. 33.)

Oben wurde bereits erwähnt, daß nach herrschender Anschauung die Mäklergebühr geschuldet wird ohne Rücksicht darauf, ob der perfekte Vertrag erfüllt wird oder nicht, und daß er in Konsequenz dessen auch dann verlangt werden könne, wenn die Parteien den perfekten Vertrag durch contrarius consensus wieder aufheben. Anders ist es, wenn der an sich perfekte Vertrag infolge einer erfolgreichen Anfechtung, die ja den Vertrag nichtig macht, wieder beseitigt wird. Dann ist die Mäklergebühr nach dem oben — S. 11 — citierten Satz der Motive nicht geschuldet bezw., wenn sie schon gezahlt war, als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. (Dernburg, S. 555.) Von diesem Grundsatz muß man allerdings mit dem O.L.G. Hamburg (Urteil vom 2. 5. 1907) — Mugdan und Falkmann, Bd. 18, S. 16, — dann eine Ausnahme zulassen, wenn die Anfechtung vom Vertragsgegner des Auftraggebers wegen eines vom Auftraggeber begangenen Betruges erfolgt ist, da sich, wie es in den Gründen des angeführten Urteils heißt, „darauf, daß er selbst betrogen habe, im Rechtsverkehr niemand berufen kann, ohne dadurch gegen die guten Sitten zu verstoßen.“ — Wie steht es aber, wenn der Vertrag im Falle der Wiederaufhebung durch contrarius consensus wegen Formfehlers nichtig war, die Parteien ihn aber als perfekt behandelten? — Oben ist auseinandergesetzt, daß auf die Form des § 313 nicht verzichtet werden kann und infolgedessen die Parteien einen formell ungültigen Grundstücksveräußerungsvertrag nicht ohne weiteres als gültig behandeln können. Ein formell ungültiger Grundstücksüberlassungsvertrag wird nicht dadurch gültig, daß die Parteien ihn irrtümlicherweise für gültig erachten und danach handeln, ebensowenig wie ein perfekter Vertrag dadurch nichtig wird, daß die Parteien ihn irrtümlich für nichtig halten. Danach sollte man meinen, daß die Be-

antwortung obiger Frage bei Heranziehung des § 652 keine Schwierigkeiten bieten könne.

Nun findet sich aber im 25. Band[1]) der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen eine Entscheidung, die in solchem Falle dem Mäkler dennoch die versprochene Provision zuerkennt. Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die Auftraggeberin, Besitzerin eines Grundstücks, war mit einem Dritten, S., in Verkaufsverhandlungen über dies Grundstück eingetreten, hatte eine Vertragsurkunde mit ihrem Namen unterschrieben und sie dem S. übergeben, der ihr darauf 10000 ℳ anzahlte. Die Auftraggeberin gereute darauf ihre Absicht, das Grundstück zu verkaufen, und sie zahlte an S. 30000 ℳ, damit sie in ihrem Eigentum verbleiben könne. — Der Mäkler klagte auf Zahlung seiner Provision, wogegen die Auftraggeberin einwandte, der Vertrag sei nicht zustandegekommen, weil S. die Vertragsurkunde nicht unterschrieben habe. Das Berufungsgericht hatte auf Grund dieser Einwendung die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hob das Urteil auf. In den Gründen heißt es:

„. . . Unbedenklich muß nach preußischem wie nach gemeinem Recht die Annahme erscheinen, daß ein Anspruch auf Mäklergebühr nur dann begründet ist, wenn das vom Mäkler zu vermittelnde Geschäft zustandegekommen ist. . . . Die Gründe aber, aus welchen der Vorderrichter das Vorhandensein dieser Voraussetzung für den vorliegenden Fall verneint, beruhen auf einer unrichtigen Rechtsauffassung.

Allerdings fällt der Anspruch auf Mäklerlohn fort, wenn der durch den Mäkler zum Abschlusse gebrachte Vertrag aus irgend welchen Gründen, namentlich auch wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form nichtig ist, und dasselbe muß, auch abgesehen von dem Fall völliger Nichtigkeit da gelten, wo der Vertrag infolge Fehlens der vorgeschriebenen Form von beiden oder von einem der Kontrahenten aufgerufen werden kann und aus diesem

[1]) S. 319 ff.

Grunde wirklich aufgerufen worden ist. Unter den hier festgestellten Verhältnissen kann indessen weder von einer Nichtigkeit des zwischen der Beklagten und S. abgeschlossenen Vertrages, noch davon die Rede sein, daß dieser Vertrag wegen seines Formmangels aufgerufen sei. Auch wenn mit der Vorinstanz angenommen werden dürfte, daß S. das Verkaufsangebot der Beklagten nur mündlich akzeptiert, dagegen unter das ihm mit der Unterschrift der Beklagten ausgehändigte Schriftstück seine eigene Unterschrift nicht gesetzt habe, so würde daraus eine Nichtigkeit des zustandegekommenen Geschäfts nicht folgen, vielmehr wäre unter dieser Voraussetzung jedenfalls die Beklagte in rechtswirksamer Weise an den Vertrag gebunden und nur S. befugt gewesen, von dem auf seiner Seite mündlichen Vertrage in jeder Form zurückzutreten. (Vgl. A.L.R. I, 5, §§ 116, 131, 135, 185. I, 10. §§ 15—17. I, 11. § 75 und das Präjudiz des preußischen Obertribunals No. 292 und 1046. Präj.-S. S. 9, 11; Entsch. des Obertribunals Bd. 12 S. 163, Bd. 69 S. 41.) Von dieser Befugnis hat nun aber S. keinen Gebrauch gemacht. Er hat, wie aus den Gründen des Berufungsurteils zu ersehen ist, weder eine Rücktrittserklärung abgegeben, noch gegen die Gültigkeit des Kaufvertrages irgend welche Einwendungen erhoben, sondern der Beklagten nach Empfangnahme des Schriftstücks vom 22. Oktober 1887 10000 ℳ gezahlt und auch später an dem Vertrage so lange festgehalten, bis ihm von der Beklagten ein Abstandsgeld von 30000 ℳ entrichtet und darauf der Vertrag durch gegenseitige Übereinkunft wieder rückgängig gemacht wurde. In dieser Wiederaufhebung des Vertrages und nicht in dem Formmangel ist hiernach der Grund für die Nichterfüllung des zustandegekommenen Kaufgeschäfts zu erblicken.

Daß eine spätere Aufhebung des abgeschlossenen Kaufvertrages durch wechselseitige Übereinstimmung der Beteiligten den Provisionsanspruch nicht beseitigt, folgt beim Mangel entgegenstehender Verabredungen aus dem

Wesen des Mäklervertrages und wird von dem Vorderrichter selbst ausdrücklich anerkannt. Aus dem Umstande aber, daß S. von dem Kaufgeschäfte vor dessen Wiederaufhebung möglicherweise wegen Formmangels hätte zurücktreten können, darf die Beklagte einen Einwand gegen den Anspruch auf Mäklergebühr nicht herleiten, nachdem die Kontrahenten selbst bis zur Wiederaufhebung und bei derselben das vermittelte Geschäft als gültig und verbindlich behandelt haben . . . .“

Neubauer[1]) beanstandet diese Entscheidung, indem er mit dem Berufungsgericht sagt, daß der Vertrag nicht zustandegekommen, mithin nicht rechtsverbindlich für die Auftraggeberin gewesen sei. Auch Staub[2]) erklärt sie für „nicht unbedenklich“.[3])

Der Rechtsfall war nach Allgemeinem Landrecht zu beurteilen. Prüfen wir die Entscheidung des Reichsgerichts daraufhin nach. Das A.L.R. verlangte zum Zustandekommen eines Grundstückskaufvertrages die Form der Schriftlichkeit. A.L.R. I, 5, § 131 bestimmt:

„Ein Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Taler in Silber-Kurant beläuft, muß schriftlich errichtet werden.“ — Die Praxis forderte die Schriftlichkeit für alle Grundstücksverträge ohne Rücksicht auf den Wert des Objekts.[4]) — § 16 a. a. O. sagt:

„Verträge, welche vermöge des Gesetzes . . . schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift.“

A.L.R. I, 3 § 40 äußert sich über die Folgen des Mangels der Form dahin:

„Aus Verabsäumung der gesetzlichen Form einer Handlung folgt die Nichtigkeit derselben nur alsdann, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert.“

---

[1]) S. 15.

[2]) S. 387.

[3]) Ebenso Wieprecht S. 18.

[4]) Vgl. Koch, Anm. zu § 131.

Letzteres tut das Gesetz nun aber im § 116 in Verbindung mit § 131 des 5. Titels für den hier interessierenden Vertrag, und dieser wäre danach mithin nichtig. Aber die Praxis hat sich in gleichförmiger Rechtsprechung über diese Bestimmung hinweggesetzt. Sie konnte das einmal mit Rücksicht darauf,[1]) daß bei Abfassung des A.L.R. die verschiedenen Bedeutungen der Formen (ob Bedingung zur Gültigkeit oder bloß Beweismittel oder beides) „nicht klar im Bewußtsein gewesen sind, daher man überall auf eine Vermischung der verschiedenen Wirkungen der Form und der Folgen des Mangels derselben nach beiden Bedeutungen trifft". Sodann fand sie auch im Gesetz selbst hinreichende Rechtsbehelfe dazu. Besonders wurde in dieser Richtung der § 81 des 5. Titels herangezogen, welcher lautet:

„Handlungen, welche die Annahme des Versprechens voraussetzen, werden einer ausdrücklichen Annahme gleichgeachtet."

Mit dieser Bestimmung ist in der Praxis in verschiedenen gleichliegenden Fällen den der ordentlichen Form ermangelnden und darum nach § 116 a. a. O. nichtigen Verträgen zu Bestand verholfen. Nein, nicht völlig zu Bestand verholfen. Das sagt ausdrücklich eine hier analog anzuwendende Obertribunalsentscheidung[2]) hinsichtlich des schriftlich oder zu Protokoll erklärten Anerkenntnisses eines mündlich geschlossenen, an sich schriftliche Form erfordernden Vertrages, welches nach § 185 a. a. O. bewirkt, daß der Anerkennende

„soweit als die Verabredungen aus diesem Vertrage erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen kann".

Die genannte Entscheidung drückt das so aus:

„. . . daß ein solches Anerkenntnis nicht eigentlich defectum scripturae hebe, sondern daß es nur dem agnoscenti obstire, wenn dieser sich auf den Mangel der Schriftform berufen wollte."

[1]) Vgl. Koch, A.L.R. I, 3, Anm. 36 zu § 41.

[2]) Bd. 30 S. 93, 95.

Und so spricht sich auch das Obertribunal in den Fällen aus, die das Reichsgerichtsurteil in seinen Gründen anführt. Der Vertrag wird also nur in seinen Wirkungen zum Teil perfekt. Für Verträge, die formell beiderseitige Schriftlichkeit verlangten, war — das ist die Quintessenz aller der vom Reichsgericht angeführten Präjudizien, und so drückt sich die Obertribunalsentscheidung Band 69 S. 42 unter Bezugnahme auf A.L.R. I, 3, §§ 40, 41 aus —

„die schriftliche Erklärung resp. die Unterschrift beider Teile vom Gesetz bei Nichtigkeit nicht vorgeschrieben".

Die Annahme eines schriftlichen Vertragsantrages konnte also durch konkludente Handlungen erfolgen. Der Vertragsteil, welcher seinen unterschriebenen Antrag dem anderen Teil übergeben hatte, war an diesen Antrag gebunden. Der andere Teil jedoch war nicht verpflichtet, den Antrag anzunehmen, konnte aber, wenn er ihn annehmen wollte, die Annahme durch konkludente Handlungen erklären. So lag die Sache denn auch in dem der Reichsgerichtlichen Entscheidung unterliegenden Fall. S. hatte durch die konkludenten Handlungen der Anzahlung und des Verlangens einer Abfindungssumme den für die Auftraggeberin verbindlichen Vertragsantrag in gültiger Weise angenommen, und so konnte das Reichsgericht in seiner Entscheidung von einem „zustandegekommenen Kaufgeschäft" und von einer „Wiederaufhebung des Vertrages" reden.

Es ist nun wiederholt von Mäklern versucht worden, diese Entscheidung dahin zu verallgemeinern, daß stets dann der formell ungültige Vertrag als zustandegekommen anzusehen sei, wenn aus dem Verhalten der Kontrahenten hervorgehe, daß sie sich hätten verbindlich machen wollen. Eine solche Verallgemeinerung ist indes nicht statthaft.

Ein derartiger Fall bildet den Gegenstand eines Urteils im 29. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts.[1]) Hier hatte der Auftraggeber als Verkäufer den Grundstückskaufvertrag nicht unterschrieben, wohl aber die Käufer (Z.

[1]) S. 230 ff.

und H.). Letztere waren mit ihrer Klage auf Auflassung rechtskräftig abgewiesen worden. Der Klage des Mäklers gegen den Auftraggeber auf Provisionszahlung wurde vom Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die oben besprochene Reichsgerichtsentscheidung im 25. Band stattgegeben. Das Reichsgericht hob auch hier das Urteil auf, indem es das Urteil im 25. Band authentisch interpretierte. Es stellt auch hier zunächst den prinzipiellen Satz auf:

„Vom Zustandekommen des Geschäfts kann so lange nicht die Rede sein, als nur ein mündlicher oder nur von einer Seite schriftlich vollzogener Vertrag vorliegt, dessen Erfüllung wegen Mangels der gesetzlichen Form von dem Belieben jedes oder wenigstens eines Teiles abhängt."

Es schränkt diesen Grundsatz jedoch sofort ein, indem es dem Berufungsrichter zugibt,

„daß ein schriftlicher Vertrag auch dann, wenn die Schriftform vom Gesetz erfordert wird, zum Zweck des Geschäfts nicht unbedingt nötig ist,"

und führt das weiter aus, indem es sagt:

„Wenn der Vertrag nur mündlich geschlossen und daher unverbindlich ist, so hängt alles von dem weiteren Verhalten der Vertragschließenden ab. Durch die vollständige beiderseitige Erfüllung wird der Vertrag nach § 155 ff. A.L.R. I, 5 unwiderruflich, das Geschäft ist also dann zustandegekommen. Auch von diesem Fall abgesehen, kann das Verhalten der Vertragschließenden ein solches sein, welches erkennen läßt, daß der Vertrag von ihnen aufrecht erhalten und als gültig behandelt wird."

Von dieser Erwägung ausgehend, hatte der Berufungsrichter aus dem Verhalten des Auftraggebers (dieser hatte in einem Reverse von dem „heute geschlossenen Kaufvertrage" gesprochen, auch von dem einen Käufer einen Wechsel für eine später zu bewirkende Anzahlung entgegengenommen und sich mit den Käufern später verglichen) geschlossen, daß der Vertrag zustandegekommen sei. Diesen Schluß erklärt das Reichsgericht für unzulässig mit den Worten:

„Demgegenüber (nämlich dem oben angeführten Grundsatz) erscheinen die vom Berufungsrichter angeführten Umstände, aus denen folgen soll, daß gleichwohl das Geschäft im vorliegenden Falle durch den Abschluß des Vertrages zustandegekommen sei, rechtlich unerheblich; auch scheint der Berufungsrichter selbst daraus unmittelbar nur herleiten zu wollen, daß der Beklagte sich bei Abschluß des auf seiner Seite nur mündlichen Vertrages für an denselben gebunden erachtet habe, während er in Wirklichkeit nicht daran gebunden war. Letzteres aber ist entscheidend für die Frage, ob das Geschäft durch den Vertrag zustandegekommen ist."

Daß es auf diese Gebundenheit des Auftraggebers ankommt, spricht das Reichsgericht auch nochmals in einem Urteil vom 21. März 1902[1]) ausdrücklich aus, in welchem es ebenfalls eine verfehlte Bezugnahme auf das Urteil im 25. Bande der Entscheidungen seitens des Berufungsrichters rügt.

Der Fall im 25. Bande der Reichsgerichtsentscheidungen war, wie erwähnt, nach A.L.R. zu beurteilen. Und die Lösung war, wie sich zeigte, nach der damals herrschenden Praxis verhältnismäßig einfach. Wie steht es nun aber nach heutigem Recht? Der Tatbestand des oben eingehend erörterten Urteils läßt sich auch unter der Herrschaft des B.G.B. leicht analog konstruieren.

Nach § 145 B.G.B. ist der, welcher einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Über die Annahme des Antrages bestimmen die §§ 147 und 148:

„§ 147. Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden . . . .

Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem

[1]) Jur. Wochenschrift Bd. 31 Beil. S. 228.

der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf."

„§ 148. Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen."

Bis zu dem in Abs. 2 des § 147 bezeichneten Zeitpunkt bezw. bis zum Ablauf der für die Annahme bestimmten Frist dauert also die Gebundenheit des Antragenden, vorausgesetzt, daß die Gebundenheit nicht überhaupt ausgeschlossen ist.

Daß Verträge der hier in Betracht kommenden Art auch unter nicht gleichzeitig anwesenden Vertragskontrahenten geschlossen werden können und auf welche Weise das geschehen kann, bestimmt § 128 wie folgt:

„Ist durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Gericht oder Notar beurkundet wird."

Nehmen wir nun folgenden Fall an: Der Auftraggeber übersendet dem Kauflustigen einen notariell errichteten Grundstückskaufvertragsantrag unter Bestimmung einer Frist zur Annahme. Der Kauflustige macht, vor Ablauf der Frist und bevor er noch den Antrag der Form des § 313 entsprechend angenommen hat, eine Anzahlung an den Auftraggeber. Gleich darauf, ebenfalls vor Ablauf der Frist und vor der formgültigen Annahme des Antrags durch den Kauflustigen gereut den Auftraggeber seine Verkaufsabsicht und er zahlt dem Kauflustigen eine Abfindungssumme, damit dieser ihn in seinem Eigentum belasse. Der Mäkler klagt auf Provisionszahlung gegen den Auftraggeber. — Wie ist zu entscheiden?

Von einem Zustandekommen des Vertrages, wovon die Praxis des Allgem. Landrechts, wie oben dargelegt, in dem analogen Fall sprechen konnte, kann nach B.G.B. nicht mehr die Rede sein, weil nach B.G.B. die Annahme eines Grundstückskaufvertragsantrages durch konkludente Handlungen nicht

mehr denkbar ist. Über das Zustandekommen eines nach § 128 geschlossenen Vertrags bestimmt § 152:

„Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zustande, wenn nichts anderes bestimmt ist . . . .“.

Deshalb hat in unserem hypothetischen Fall die von dem Kauflustigen vor der Annahme des Antrages gemachte Anzahlung, welcher in dem analogen Fall des 25. Bandes der Reichsgerichtsentscheidungen die Rolle einer konkludenten Handlung zugewiesen wurde, keinerlei rechtliche Bedeutung mehr. — Da also der Vertrag nicht zustandegekommen ist, sollte man meinen, daß gemäß § 652 auch von einer Mäklergebühr nicht die Rede sein könne. Und doch möchte ich den Fall ebenso entschieden sehen, wie der analoge Fall nach A.L.R. vom Reichsgericht entschieden worden ist. Diese meine Entscheidung begründe ich mit der ratio legis des § 652. Es ist, meine ich, nicht einzusehen, weshalb die ratio legis, die, wie aus den obigen Erörterungen hervorgeht, in so vielen Fällen den an sich nicht unbilligen Ansprüchen des Mäklers entgegentreten muß, nicht auch einmal, wenn Billigkeit und Logik es erheischen, für eine Entscheidung zu seinen Gunsten sprechen können sollte, und ob diese Entscheidung dreist dem strengen Wortlaut des Gesetzes widerspräche.

Wie oben ausgeführt, wollte der Gesetzgeber bei Erlaß des § 652 den Auftraggeber davor schützen, daß das Bewußtsein, die vielleicht sehr hohe Mäklergebühr auch beim Scheitern der Kaufverhandlungen zahlen zu müssen, einen Druck auf ihn dahin ausüben könnte, den Vertrag, von dem er sonst abgesehen hätte, zu schließen; er sollte sich durch keinerlei Ausgaben (s. die Vorschrift über die Auslagen!) veranlaßt fühlen, sich hinsichtlich der Bestimmung über sein Grundstück zu binden. Und nun sage ich: „Hat der Auftraggeber sich einmal gebunden, wie in unserem Falle, so wäre ein weiteres Heranziehen des § 652 zu

seinem Schutze sinnlos, das Objekt, welches geschützt werden sollte, nämlich die Willens- und Entschließungsfreiheit des Auftraggebers, besteht nicht mehr. Der Gegenkontrahent kann die Gebundenheit des Auftraggebers ausnutzen, auch ohne die formelle Annahme des Antrages vorzunehmen. Der Auftraggeber kann ihm nicht den Mangel der Form der Antragsannahme entgegensetzen, da der Gegenkontrahent, weil ja der Auftraggeber an seinen Antrag noch gebunden ist, es in diesem Falle ohne weiteres in der Hand hätte, die Formungültigkeit jederzeit zu beheben. Es würde doch im höchsten Grade unbillig sein, wenn der Auftraggeber, der dem andern Vertragsteil die Einrede der Formungültigkeit faktisch nicht entgegenhalten kann, dem Mäkler gegenüber dazu berechtigt sein sollte, nur um ihn um seine Provision zu bringen. Man kann auch nicht entgegnen, wie Neubauer[1]) bei seiner Beanstandung des Reichsgerichtsurteils, in dessen Fall er einen perfekten Vertrag nicht annahm:

„ . . . . Wenn sie (die Auftraggeberin) vielleicht aus Rechtsirrtum sogar . . . . Abstandsgeld zahlte, um von dem für sie höchst unvorteilhaften Rechtsgeschäft sich zu befreien, so war gewiß kein Grund vorhanden, dem Vermittler noch Provision zu zahlen."

Das würde man dann mit demselben Recht sagen können, wenn der perfekte Vertrag durch contrarius consensus wieder aufgehoben wird, weil den Auftraggeber das Geschäft reute. Denn auch in solchem Falle wird es meist nicht ohne Zahlung einer Abfindungssumme seitens des Auftraggebers abgehen. Und die Wiederaufhebung des perfekten Vertrages berührt, wie mehrfach erwähnt, die Verpflichtung des Auftraggebers zur Provisionszahlung an den Mäkler in keiner Weise.

Man wird mir vielleicht entgegenhalten, daß die Rücksicht auf die ratio legis einer Rechtsnorm unter keinen Umständen eine Entscheidung rechtfertigen könne, die in so

[1]) S. 16.

krassem Widerspruch mit dem Wortlaut der Rechtsnorm stünde, wie die von mir verteidigte. Allein ich stelle die Gegenfrage: Wie sollte man dann folgenden Fall entscheiden: Die Parteien sind darüber einig, die Verpflichtung dessen, der sein Grundstück veräußern will, zur Auflassung statt durch Eingehung eines gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrages dadurch herbeizuführen, daß der, welcher das Grundstück erwerben will, den anderen Teil auf Auflassung verklagt und dieser den Anspruch im Prozeß anerkennt. Das geschieht. Der Auftraggeber wird nach § 307 Z.P.O. auf Antrag des Klägers dem Anerkenntnisse gemäß verurteilt. Das Urteil erlangt Rechtskraft. Dadurch wird die Auflassungserklärung des Auftraggebers gemäß § 894 Z.P.O. ersetzt, und der Klägers läßt sich daraufhin als Eigentümer ins Grundbuch eintragen. — Der Mäkler verlangt vom Auftraggeber die Provision.

Es ist zwar in der Literatur bestritten,[1]) ob der Richter unter diesen Umständen ein Anerkenntnisurteil erlassen dürfe. Ich trage aber keine Bedenken, die Zulässigkeit anzunehmen. Einmal meine ich, daß das in § 313 aufgestellte Erfordernis der „gerichtlichen Beurkundung“ im Falle des Anerkenntnisurteils vorliegt, da ein rechtskräftiges Anerkenntnisurteil zweifellos eine „gerichtliche Urkunde“ darstellt. Sodann gründe ich meine Ansicht auch auf die Erwägung, daß die ratio legis des § 313 in solchem Falle genau so zu ihrem Rechte kommt, als wenn die Parteien einen notariellen Vertrag schließen würden, in vielen Fällen sogar noch besser; denn es ist in der Praxis nichts Seltenes, daß bei den sogenannten Parzellierungen der Notar in dem Schanklokal, wo die Parzellierung vorgenommen wird, sofort die Kaufverträge über die einzelnen Parzellen vollzieht, so daß auf diese Weise der Zweck des § 313 vielfach illusorisch gemacht wird. Bei der Herbeiführung des Erfolges durch Anerkenntnisurteil ist das nicht möglich.[2])

[1]) Gaupp-Stein, S. 729.

[2]) Vgl. hierüber die übereinstimmende eingehende Erörterung bei Reichel a. a. O., S. 95 ff.

Liegt also ein solches Anerkenntnisurteil mit seinen Rechtsfolgen vor, so kann von einem Zustandekommen des Vertrages durch die durch das Urteil ersetzte Auflassung und die darauf erfolgte Eintragung ins Grundbuch gemäß § 313 nicht die Rede sein, denn ein wenn auch formungültiger Vertrag ist gar nicht geschlossen worden. Sollte der Mäkler in solchem Falle — wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 652 vorliegen — leer ausgehen, nur weil der Vertrag nicht „zustandegekommen", wie § 652 es zur Begründung des Mäklerprovisionsanspruchs verlangt? Ich glaube, diese Frage stellen heißt sie beantworten.

Es wurde bereits festgestellt, daß die vor Ablauf der Frist und vor formgerechter Abnahme des Antrages bewirkte Anzahlung heute für unsere Frage rechtlich bedeutungslos ist. Der Kauflustige wird durch sie nicht irgendwie verpflichtet. Er kann nach freiem Belieben seine Kaufabsicht aufgeben und dann die Anzahlung als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Auftraggebers gemäß § 812 B.G.B. von diesem znrückfordern. Wie steht es mit der Abfindungssumme, die der Auftraggeber ihm als Gegenleistung für das Abstehen von der Annahme des Antrages und der Geltendmachung der daraus entstehenden Rechte gezahlt hat? Es ist natürlich denkbar, wenn der Fall auch im Leben sehr selten sein wird, daß der Kauflustige, der den den Auftraggeber bindenden Antrag in Händen hat, letzteren ohne jegliche Gegenleistung von der Gebundenheit befreit. Der tatsächliche Erfolg ist dann derselbe, als wenn er die ihm für die Annahme gesetzte Frist ungenutzt hätte verstreichen lassen. Nur der Zeitpunkt der Lösung des Auftraggebers von seiner Gebundenheit ist ein früherer. Und das ist das Wesentliche. Will der Auftraggeber vorzeitig von der Gebundenheit los, so bedarf es hierzu eines besonderen Abkommens mit dem, der das bindende Instrument in Händen hat. Auf dieses besondere Abkommen zwischen den beiden Beteiligten, durch welches die Gebundenheit des einen, des Auftraggebers, vor der Zeit aufgehoben wird, auf dieses mithin „wiederaufhebende"

besondere Abkommen kommt es für die Entscheidung über den Mäklerlohnanspruch an. Hat es stattgefunden, so ist die Mäklerprovision geschuldet, da dann die Lage de facto dieselbe ist, als wenn die Parteien einen perfekten Vertrag wieder aufgehoben hätten. Dann ist es rechtlich gleichgültig, ob der Auftraggeber eine Abfindungssumme bezahlt hat oder nicht. Tatsächlich wird dieser Umstand oft in der Praxis für den Mäkler, der bei Begründung des Klaganspruchs das besondere Abkommen beweisen muß, als Beweismittel von Bedeutung sein. — Hat das besondere Abkommen nicht stattgefunden, so wird eben der Auftraggeber nicht vorzeitig von seiner Gebundenheit frei, diese Befreiung tritt dann erst mit dem Eintritt des in dem § 147 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkts bzw. mit Ablauf der für die Annahme gesetzten Frist, dann aber ipso jure, ein. Die Gebundenheit hat dann also keinerlei Folgen für den Auftraggeber gehabt, es ist so, als ob er den Antrag nicht gestellt hätte. Die Mäklerprovision kann deshalb dann nicht beansprucht werden.

Es macht für die rechtliche Beurteilung des Mäklerprovisionsanspruchs keinen Unterschied, auf welche Weise die Gebundenheit des Auftraggebers eingetreten ist.

Man könnte versucht sein, in dem oben angenommenen Fall, wo der Auftraggeber durch Anerkenntnisurteil rechtskräftig zur Auflassung verurteilt war, die dadurch entstandene Rechtslage (vor erfolgter Eintragung des Klägers als Eigentümer ins Grundbuch) der Rechtslage beim Vorliegen eines nach § 313 formell und materiell gültigen Vertrages hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler völlig gleichzustellen, weil der Vertragsgegner des Auftraggebers in dem rechtskräftigen Anerkenntnisurteil dem perfekten Vertrage gegenüber, der doch rein obligatorischer Natur ist und auf dessen Vollziehung der Vertragsgegner erst klagen müßte, ein bedeutendes Plus hat. Allein, diese Gleichstellung ist aus dem Grunde nicht angängig, weil ja der Auftraggeber in solchem Falle gar nicht weiß und nicht wissen kann, ob

der Vertragsgegner nun auch wirklich auf Grund des Anerkenntnisurteils die Eigentumsübertragung bewirken wird. Ein Mittel, ihn zur Ausübung des ihm in dem Urteil zugesprochenen Rechts zu zwingen, steht ihm nicht zu Gebote. Er hat also nicht die zur Begründung des Provisionsanspruches ausreichende, aber auch erforderliche rechtliche Möglichkeit, den erstrebten ökonomischen Erfolg herbeizuführen.[1]) Und auf die rechtliche Stellung des Auftraggebers, nicht seines Gegenkontrahenten, kommt es bei der Beurteilung des Provisionsanspruchs des Mäklers an.

Das Schlußergebnis der vorstehenden Betrachtungen ist also folgendes:

Die Provision des Grundstücksmäklers ist trotz mangelnden bzw. formell ungültigen Vertrages dann geschuldet, wenn eine Gebundenheit des Auftraggebers hinsichtlich des Grundstücks dem Gegenkontrahenten gegenüber eingetreten war und diese Gebundenheit mittels eines besonderen Abkommens zwischen Auftraggeber und Gegenkontrahenten wieder aufgehoben worden ist.

[1]) Vgl. oben S. 13.

Lebenslauf.

Friedrich Christian Mehrens wurde am 27. Februar 1884 als Sohn des Lehrers Christian Mehrens und seiner Ehefrau Margarethe Mehrens geb. Haß zu Büdelsdorf, Kreis Rendsburg, Provinz Schleswig-Holstein, geboren, ist evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger, besuchte bis zu seinem 10. Lebensjahre die Volksschule seines Geburtsortes und von da ab das Realgymnasium zu Rendsburg, welches er am 19. September 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ, studierte in Kiel, München und Berlin die Rechte und bestand am 5. Juni 1908 zu Kiel die erste juristische Staatsprüfung, war zur Vorbereitung am Amtsgericht zu Rendsburg, am Landgericht und bei der Staatsanwaltschaft in Altona und befindet sich jetzt daselbst bei der Rechtsanwaltschaft.